



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

Submissionskartell: horizontale Kartellabsprechen am Beispiel der Elektroinstallationsbetriebe Bern

Weber, Rolf H ; Rizvi, Salim

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-40988>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Weber, Rolf H; Rizvi, Salim (2010). Submissionskartell: horizontale Kartellabsprechen am Beispiel der Elektroinstallationsbetriebe Bern. Jusletter:online.

Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber / lic. iur. Salim Rizvi

Submissionskartell

Horizontale Kartellabsprachen am Beispiel der Elektroinstallationsbetriebe Bern

Die schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) hat erstmals ein Submissionskartell nicht nur für widerrechtlich erklärt, sondern auch mit Sanktionen belegt. Eine Gruppe von Elektroinstallationsbetrieben hatte im Raum Bern/Schweiz über Jahre horizontale Absprachen getroffen. Die Autoren besprechen den Entscheid der Weko vom 6. Juli 2009 betreffend Elektroinstallationsbetriebe Bern wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG. Diskussionswürdig sind insb. das Problem der Präventivwirkung von im Rahmen einer einvernehmlichen Lösung festgelegten Geldbussen und die Frage der «Bestrafung» von betroffenen Unternehmensmitarbeitern.

Rechtsgebiet(e): Wettbewerbsrecht; Kartellrecht

Zitiervorschlag: Rolf H. Weber / lic. iur. Salim Rizvi, Submissionskartell, in: Jusletter 1. Februar 2010

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt
 - 1. Zusammenfassung des Sachverhalts
 - 1.1 Gegenstand der Untersuchung/Submissionskartell
 - 1.2 Verfahren
 - 2. Zusammenfassung der Erwägungen der Weko
 - 2.1 Geltungsbereich/Verhältnis KG zum BoeB
 - 2.2 Unzulässige Wettbewerbsabrede/Submissionsabsprache
 - a. Abrede und Marktabgrenzung
 - b. Vorliegen horizontaler Preisabreden/Aufteilung nach Geschäftspartnern
 - 2.3 Sanktionierung
- III. Würdigung
 - 1. Vom Glasperlenspiel zu direkten Sanktionen
 - 2. Kartellgesetz de lege ferenda
 - 3. Einvernehmliche Lösungen
 - 4. Submissionskartell im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit

I. Einleitung

[Rz 1] Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen sind Handlungen von Wirtschaftsteilnehmern, welche die Ungewissheit über das zukünftige Marktverhalten von Mitbewerbern derselben Wirtschaftsstufe ausräumen, indem sie z.B. die Verkaufspreise festlegen.¹ Folglich kann sich der an einer horizontalen Abrede beteiligte Unternehmer *zurücklehnen*, weil keine Konkurrenten vorhanden sind. In diesem für den Unternehmer sicheren und angenehmen Zustand findet konsequenterweise kein Wettbewerb statt, welcher z.B. für bessere Produkte (Innovation), tiefere Preise oder mehr Angebote sorgt.² Aus diesem Grunde sind horizontale Abreden besonders schädlich. Die schweizerische Wettbewerbskommission³ (nachfolgend Weko) legt den Fokus ihrer Arbeit insbesondere auf die Ahndung harter Horizontalkartelle⁴ (sowie den Marktmissbrauch⁵).

[Rz 2] Das Kartellgesetz⁶ verpflichtet den Bundesrat, für die

Evaluation der Wirksamkeit von Massnahmen und des Vollzuges des Kartellgesetzes zu sorgen, dem Parlament Bericht zu erstatten und Vorschläge für das weitere Vorgehen zu unterbreiten.⁷ Die Evaluationsgruppe Kartellgesetz legte ihren Synthesebericht vom 5. Dezember 2008 dem Bundesrat vor, welcher am 14. Januar 2009 davon Kenntnis genommen hat.⁸

[Rz 3] Der Synthesebericht beleuchtet an mehreren Stellen die zentrale Rolle der *horizontalen Kartelle* und weist auch darauf hin, dass die OECD der schweizerischen Wettbewerbspolitik den generellen Ersatz des Missbrauchsprinzips im Kartellgesetz durch das Verbotsprinzip für harte horizontale Kartelle empfiehlt.⁹ Die Evaluationsgruppe befürwortet im Synthesebericht die Einführung von individuellen Verwaltungssanktionen, welche indessen auf besonders schädliche, harte, horizontale Abreden zu beschränken wären.¹⁰

[Rz 4] Nachfolgend werden der Sachverhalt und die Erwägungen der WEKO¹¹ konzis dargestellt, gefolgt von einer detaillierten, das wettbewerbsrechtliche Umfeld einschliessenden Würdigung, welche auch die Submissionskartelle in der Schiedsgerichtsbarkeit beleuchtet.

II. Sachverhalt

1. Zusammenfassung des Sachverhalts

1.1 Gegenstand der Untersuchung/Submissionskartell

[Rz 5] Die Weko untersuchte auf Anzeige eines *Whistleblowers* (nachfolgend der Anzeiger)¹², ob grössere Elektroinstallationsfirmen im Raum Bern über Jahre untereinander Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und c KG getroffen haben. Konkret wurde geprüft, ob ein Informationsaustausch über Offertpreise und -bedingungen, die Teilnahme an Ausschreibungen sowie die Festlegung von Offertpreisen und eine Kundenzuteilung stattgefunden hatte.¹³

¹ Vgl. dazu statt vieler Zäch Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Stämpfli Verlag AG, Bern 2005, S. 217 ff. Rz. 452 ff. und «Weko-Aktion gegen Kungelei der Installateure, Bussen für ein Elektro-Submissions-Kartell im Raum Bern», NZZ vom 15.7.2009, Nr. 161, S. 19; bezüglich vertikaler Abreden vgl. Krauskopf Patrick L./Graber Andrea, Die neue Vertikalbalkanntmachung – Ein Leitfaden für Praktiker, sic! 2008, S. 781 ff. und Ducrey Patrik, Kartellrecht, in: Kull Michael/Wildhaber Christoph (Hrsg.), Schweizer Vertriebsrecht, Ein Handbuch für Praktiker, Zürich/St. Gallen 2008, S. 217 ff.

² Vgl. zu den wirtschaftlichen Funktionen Zäch (Fn. 1) m.w.H., S. 10 ff., Rz. 20 ff.

³ Vgl. dazu: <http://www.Weko.admin.ch>.

⁴ Vgl. RPW 2008/1, S. 50 ff. (Strassenbeläge Tessin) und RPW 2008/4, S. 544 ff. (Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern).

⁵ Vgl. dazu Stoffel Walter A.: Gartenschere und Hausdurchsuchungen, NZZ vom 2.7.2009, Nr. 150, S. 25: «Die Wettbewerbskommission legt bei ihrer Arbeit die Akzente auf die Bekämpfung harter Horizontalkartelle sowie des Marktmissbrauchs».

⁶ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz (KG), vom 6. Oktober 1995 (Stand am 1. Januar 2009), SR 251.

⁷ Vgl. Art. 59a KG.

⁸ Der Synthesebericht der Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Evaluation gemäss Art. 59a KG ist auf der Homepage der Wettbewerbskommission abrufbar: <http://www.Weko.admin.ch>.

⁹ Vgl. Synthesebericht (Fn. 8), S. 6, Rz. 24.

¹⁰ Vgl. Synthesebericht (Fn. 8), S. 53, Rz. 177 f. und S. 114, Rz. 420 f.

¹¹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 196 ff.; der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 6. Juli 2009 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Elektroinstallationsbetriebe Bern, ist auch auf der Homepage der Wettbewerbskommission abrufbar: <http://www.Weko.admin.ch>.

¹² Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 197, Ziff. 3: «Dem Sekretariat wurde anonym im April und wiederholt unter Nennung der Identität im Mai 2007 via E-Mail Anzeige erstattet».

¹³ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 196, Ziff. 1.

Am 29. Januar 2008 eröffnete die Weko eine Untersuchung gegen die folgenden Unternehmen:¹⁴

- Atel Gebäudetechnik West AG, Sitz in Bern, heute Alpiq InTec West AG (Atel/Alpiq)
- BKW ISP AG, Sitz in Ostermundigen, gehört zur BKW-Gruppe, Bern (ISP)
- Elektro Burkhalter AG, Sitz in Bern (Burkhalter)
- ETAVIS Arnold AG, Sitz in Köniz und ist Teil der Etavis-Gruppe, Sitz in Zürich (Etavis)
- Energie Wasser Bern, selbstständige, autonome öffentlich-rechtliche Anstalt der Stadt Bern (ewb)
- Gasser + Bertschy Elektro AG, Sitz in Bern (Gasser + Bertschy)
- Gfeller Elektro AG, Sitz in Wohlen bei Bern (Gfeller)
- Scherler AG, Elektro und Telematik, Sitz in Bern (Scherler)

Des Weiteren sind folgende Verbände ins Verfahren einbezogen worden:

- Kantonal-Bernischer Verband der Elektroinstallationsfirmen (KBVE)
- Verband Stadtbernischer Elektroinstallationsfirmen (VSTEl) und
- Gewerbeverband KMU Stadt Bern (KMU Bern).

[Rz 6] Die Hausdurchsuchungen erfolgten in den vorgenannten Unternehmen mit der Polizei sowie IT-Spezialisten in koordinierter Aktion durch das Sekretariat der Weko am 31. Januar 2008. Gleichentags beantragten drei Unternehmen zunächst telefonisch sowie mit umgehender schriftlicher Bestätigung per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm und erklärten ihre Bereitschaft zur Kooperation. Die restlichen Unternehmen reichten nachträglich eine Selbstanzeige ein.¹⁵

[Rz 7] Bevor sich der Entscheid der Weko dem Bild der Auftragsvergabe im Raum Bern widmet, definierte die Weko die Auftragsvergabe (*Submission*) wie folgt: «Der Begriff Submission steht im Folgenden für das Vergabeverfahren von Elektroinstallationen, von deren Ausschreibung bis zur Vergabe des Auftrags.»¹⁶ Zur Entstehungsgeschichte ergab die Aktenlage das folgende Bild:

«In der Elektroinstallationsbranche fanden im Raum Bern schon seit geraumer Zeit Absprachen bi- und multilateraler Art, sowie Treffen in diesem Zusammenhang statt. Während Atel aussagte, dass bereits seit den Neunzigerjahren bis ca. 2004 unregelmässig Treffen eines «Lügiclubs» stattfanden, datieren die frühesten aktenmässig belegten Kontakte aus dem Jahre

2004. Dieser Informationsaustausch wurde gemäss Parteiaussagen insbesondere in Hochkonjunkturzeiten gepflegt, so in den Jahren 2006 und 2007. Hingegen sind auch zahlreiche Stützaktivitäten und in diesem Zusammenhang ein Austausch über Preise und Preiselemente aus den weniger konjunkturstarken Jahren vor 2005 belegt, zu welchen es in Einzelfällen auch mit nicht zu den E7¹⁷ gehörigen Unternehmen kam. Entsprechend nennt ewb weitere, «nicht zum engeren Kreis gehörende» Unternehmen.»¹⁸

[Rz 8] Die Weko legte in ihrem Entscheid dar, dass die betroffenen Unternehmen über Jahre regelmässig einen sog. *Stamm*¹⁹ abhielten – so auch die E7²⁰. Dabei informierten sich die Elektroinstallationsbetriebe über ihre Geschäftspolitik (inkl. Preisabsprachen und Kundenzuteilungen)²¹. Von zusätzlicher, besonderer Relevanz war jedoch, dass sich die Parteien gegenseitig mit sog. Stützofferten²² unter die Arme gegriffen haben. Als Stützofferte (auch Schutzofferte genannt)²³ gilt jede Offerte eines Unternehmens, welche bewusst den Auftragserhalt eines anderen Unternehmens über einen höheren eigenen Preis zu begünstigen sucht.²⁴ Der durchschnittliche totale Umsatz, welcher die Parteien durch die abgesprochenen Projekte erzielten, belief sich auf 36'443'584 Franken.²⁵

1.2 Verfahren

[Rz 9] Obwohl die Verbände auf Grund gewisser Verdachtsmomente in die Untersuchung einbezogen wurden, stellte sich heraus, dass diese nicht aktiv an den Absprachen beteiligt waren.²⁶

[Rz 10] Nachdem das Sekretariat die Eröffnung der Untersuchung bekannt gab, reichten alle Parteien eine Bonusmeldung nach Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 lit. b sowie Art. 8 ff. SVKG ein.²⁷ Alle in den Fokus der Weko geratenen Partei-

¹⁴ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 197, Ziff. 4.

¹⁵ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 197, Ziff. 7.

¹⁶ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 198, Ziff. 11.

¹⁷ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 199, Ziff. 14: «E7» (Synonym für die 7 grossen Elektroinstallationsfirmen im Raum Bern; im Folgenden: E7).

¹⁸ RPW 2009/3, S. 199, Ziff. 13.

¹⁹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 197, Ziff. 3 und 199, Ziff. 14.

²⁰ Zu den E7 gehörten: Atel, ISP, Burkhalter, Gfeller, Etavis, Scherler und Gasser + Bertschy, vgl. dazu RPW 2009/3, S. 199, Ziff. 14.

²¹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 199, Ziff. 15: «Des Weiteren sollte das Abwerben von Stammkunden mittels Dumpingangeboten verhindert, angemessene Preise respektive Margen bewirkt sowie die Antizipierbarkeit des Verhaltens der Wettbewerber gefördert werden».

²² Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 200, Ziff. 15.

²³ Vgl. auch Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth/Clerc Evelyne, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 324 «Schutzofferten»; für Erläuterungen, Fn. 638.

²⁴ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 199, Ziff. 15.

²⁵ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 200, Tabelle 2 (Durchschnittliche Werte der abgesprochenen Projekte).

²⁶ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 201, Ziff. 22.

²⁷ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 201, Ziff. 27 f.

en äusserten Interesse an einer *einvernehmlichen Lösung*. Diese beinhaltet folgende Punkte (hier in verkürzter Form):²⁸

[Rz 11] Die Vorbemerkungen halten zunächst fest, dass dem Willen und der Bereitschaft der Parteien²⁹ zu einer einvernehmlichen Regelung bei der Sanktionsbemessung Rechnung zu tragen ist (lit. b). Hernach wird die Genehmigung der Weko vorbehalten und auf Sanktionen im Falle eines Verstosses gegen die einvernehmliche Lösung hingewiesen (lit. c). Im Falle der Genehmigung der einvernehmlichen Lösung tritt ein Rechtsmittelverzicht ein und die Verfahrenskosten gehen zu Lasten der Parteien (lit. d/e).³⁰

[Rz 12] In der folgenden eigentlichen Vereinbarung verpflichten sich die Parteien³¹, weder nach Stützofferten nachzufragen noch solche anzubieten (Ziff. 1). Hernach wird ausbedungen, dass sich die Parteien vor der Auftragserteilung nicht mit Konkurrenten über Offertpreise sowie die Kundenzuteilung austauschen (Ziff. 2).³²

2. Zusammenfassung der Erwägungen der Weko

2.1 Geltungsbereich/Verhältnis KG zum BoeB

[Rz 13] Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, ewb, Etavis, Gasser + Bertschy, Gfeller und Scherler sind allesamt als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG zu qualifizieren.³³

[Rz 14] Das BoeB³⁴ sieht in Art. 11 lit. e vor, dass die Auftraggeberin den Zuschlag widerrufen oder Anbieter vom Verfahren ausschliessen kann, falls diese Abreden getroffen haben, welche den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen.³⁵ Insoweit deckt sich der Wortlaut mit demjenigen von Art. 5 KG. Die Weko prüfte die Frage betreffend das Verhältnis des BoeB (i.V.m. VoeB) zum KG, d.h. ob ein und derselbe Sachverhalt (Submissionsabsprache) Gegenstand sowohl des submissionsrechtlichen (Art. 11 BoeB) als auch des kartellrechtlichen (Art. 5 KG) Verfahrens sein kann (parallele Anwendung des BoeB und des KG).³⁶ Die Weko

bejahte diese Frage.³⁷ Hauptsächlich begründete die Weko die parallele Anwendbarkeit mit dem Schutz *unterschiedlicher Rechtsgüter*: Art. 11 lit. e BoeB dient dem Schutz des öffentlichen Ausschreibers,³⁸ dieser soll in erster Linie die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einsetzen (Art. 11 lit. c BoeB).³⁹ «Es ist jedoch nicht Aufgabe der öffentlichen Vergabestellen, den wirksamen Wettbewerb durchzusetzen. Der Schutz dieses Rechtsgutes obliegt allein der Weko».⁴⁰

2.2 Unzulässige Wettbewerbsabrede/Submissionsabsprache

a. Abrede und Marktabgrenzung

[Rz 15] Die Weko kam erwartungsgemäss zum Ergebnis,⁴¹ dass sowohl das Verhalten der Parteien vor 2006 als auch nach Initiierung der E7 augenfällig ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken bekundete (die Treffen bildeten eine Art «Institutionalisierung»⁴²).⁴³ Auch ohne ausdrückliche schriftliche Regelung ihres Verhältnisses zueinander gingen die E7 von einer weitgehenden Berücksichtigung ihrer Interessen und der Einhaltung der projektbezogenen Vereinbarungen aus. «Die Unternehmen wussten und mussten zufolge der Kommunikation ihrer Interessen anlässlich der E7-Treffen wissen und wollen, dass dies eine Koordinierung in Sachen Eingabepreis respektive einen Verzicht auf Konkurrenzangebote zur Folge hatte».⁴⁴

[Rz 16] Insbesondere das Bestreben der Parteien, bei ausgeschriebenen Projekten einen aus ihrer Sicht angemessenen Preis bzw. genügende Marge zu erzielen und grössere Aufträge unter den Mitgliedern der E7 zu verteilen, sowie ein Abwerben von Kunden zu verhindern, offenbart, dass die Verhaltensweisen eine Preis- und Kundenbeeinflussung zu Gunsten der Parteien bezweckt haben.⁴⁵ Somit war erstellt, dass die dem Bauherrn jeweils unterbreiteten Unterlagen nicht Ergebnis des funktionierenden Wettbewerbs gewesen sind.

[Rz 17] Bezüglich der «Stützofferten»⁴⁶ führte die Weko

²⁸ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 202, Ziff. 34.

²⁹ Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler.

³⁰ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 202, Ziff. 34, lit. a – e.

³¹ Atel/Alpiq, ISP, Burkhalter, Etavis, ewb, Gasser + Bertschy, Gfeller, Scherler.

³² Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 202, Ziff. 34, Ziff. 1 – 4.

³³ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 203, Ziff. 38.

³⁴ Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB), vom 16. Dezember 1994 (Stand am 1. Januar 2009), SR 172.056.1.

³⁵ Vgl. dazu ferner Heitz Christoph, Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen: Eine Untersuchung der Möglichkeiten zur Bekämpfung von Submissionsabsprachen unter besonderer Berücksichtigung des Art. 146 StGB, Diss. Zürich 2008.

³⁶ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 203, Ziff. 42.

³⁷ Vgl. dazu RPW 2005/1, S. 191 f., Rz. 5.2 (Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO) und vgl. auch RPW 2009/3, S. 203, Ziff. 42.

³⁸ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 203, Ziff. 43 ff.

³⁹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 203, Ziff. 43 ff.

⁴⁰ RPW 2009/3, S. 203, Ziff. 43.

⁴¹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 204, Ziff. 49 ff., insbes. 53.: «Für diesen liegen dem Sekretariat nachweislich bereits über 100 abgesprochene Projekte und damit Submissionsabreden vor. In den E7-Treffen ist sodann ein verbindendes und die Frequenz der Absprachen erhöhendes Element zu sehen, welches den einzelnen Abreden ab 2006 gleichsam einen Rahmen und damit Stabilität gab».

⁴² Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 204, Ziff. 54.

⁴³ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 204, Ziff. 51 ff.

⁴⁴ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 204, Ziff. 52.

⁴⁵ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 204, Ziff. 55.

⁴⁶ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 205, Ziff. 56.: «Über die einzelnen

verdeutlichend das Folgende aus: «Kartellrechtswidrig verhalten sich auch diejenigen Unternehmen, welche vereinbarungsgemäss Abstand von einem Angebot nehmen. Eine Scheinofferte erweckt den Eindruck einer ernstgemeinten Offerte, wirkt sich auf den Entscheid des Bauherren aus, indem dieser von einer verfälschten Entscheidungsbasis, konkret spielender Marktmechanismen, ausgeht, und ist somit wettbewerbsrelevant».⁴⁷

[Rz 18] Nachdem die Weko zum Ergebnis gelangt war, dass die Parteien eine Vielzahl von Submissionsabsprachen⁴⁸ getroffen hatten, hat sie die Auswirkung auf den Wettbewerb anhand ausgesuchter Beispiele untersucht.⁴⁹ Die Marktabgrenzung erfolgte in sachlicher und räumlicher Hinsicht. Den sachlich relevanten Markt bildete der Nachfragemarkt für Elektroinstallationen.⁵⁰ «Ausgehend von einer grossen Zahl einzelner Submissionsabsprachen und zumal sämtliche Parteien den Abschluss des Verfahrens mittels einvernehmlicher Regelung wünschten, beschränken sich die folgenden Ausführungen auf den Nachweis der von den einzelnen Absprachen betroffenen Märkte».⁵¹ Aus diesem Grund wurde der Fokus allein auf die abgesprochenen Projekte gelegt. Räumlich war der relevante Markt im Einzugsgebiet für die konkreten Elektroinstallationen anzuordnen und damit auf den Raum Bern zu begrenzen.⁵²

b. Vorliegen horizontaler Preisabreden/Aufteilung nach Geschäftspartnern

[Rz 19] Die Unternehmen haben jahrelang und mit zunehmender Häufigkeit ihre Offerten, besonders die jeweiligen Eingabepreise (direkte Preisfestsetzung) sowie die Preis- respektive Kalkulationselemente⁵³ (indirekte Preisfestsetzung), bezüglich ausgesuchter Projekte abgestimmt, um die Auftragsvergabe gezielt zu steuern und um eine Kundenzuteilung vornehmen zu können.⁵⁴ Kraft der E7-Treffen wurde der zukünftige Auftragnehmer aus dem Kreise der E7 bestimmt. In Absprache haben die intern bestimmten Auftragnehmer sodann im Plenum das konkrete Vorgehen, hauptsächlich der von den nicht für den Auftragserhalt vorgesehenen Un-

ternehmen zu offerierende Preis, festgelegt.⁵⁵ «Das für den Erhalt des Auftrags ausgewählte Unternehmen berechnete ganze Offerten zuhanden der anderen Unternehmen, übermittelte ihnen (elektronisch oder telefonisch) die notwendigen Berechnungsparameter oder gab ihnen den eigenen Offertpreis mit der Bitte bekannt, diesen nicht zu unterschreiten. Auch im Hinblick auf allfällige Abgebots- beziehungsweise Rabattverhandlungen wurde ein entsprechendes Verhalten an den Tag gelegt».⁵⁶

[Rz 20] Zur Veranschaulichung des Vorgehens führte die Weko für jedes Unternehmen ein Projekt konkret aus.⁵⁷ Auszugsweise soll hier ein Beispiel genügen⁵⁸:

«So kann für Atel das Projekt [...] herangezogen werden, eine Vergabe der öffentlichen Hand ohne Verhandlungsrunden. Atel wusste von [X], [Y] und [Z], dass diese Unternehmen ebenfalls eine Offerte für das Projekt [...] ausarbeiten würden. Atel bat die besagten Unternehmen, ihren Preis bei diesem Auftrag nicht zu unterbieten, wozu sich diese bereit erklärten. In der Folge liess Atel den Unternehmen per E-Mail ihre Eingabepreise inklusive Sonderpositionen zukommen. Atel erhielt sodann als preisgünstigster Anbieter den Auftrag für CHF [...] inkl. MwSt».⁵⁹

[Rz 21] Anhand der Akten konnte somit nachgewiesen werden, dass während Jahren Preis- und Kundenabsprachen stattgefunden hatten.⁶⁰

[Rz 22] Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann nach Art. 5 Abs. 3 KG umgestossen werden, wenn trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer (aktueller und potenzieller) Aussen- oder Innenwettbewerb besteht. Die Weko kam zum Ergebnis, dass die Wettbewerbsabreden, welche die Parteien untereinander betreffend Preise und Preis-/Kalkulationselemente trafen, den wirksamen Wettbewerb auf den jeweils aus Einzelprojekten bestehenden Märkten beseitigten.⁶¹ Die Preisabsprachen waren gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 lit. a und c KG unzulässig und infolgedessen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren.

2.3 Sanktionierung

[Rz 23] Für eine Verwaltungssanktion ist gemäss Art. 49a KG kein Verschulden und somit kein Nachweis eines im strafrechtlichen Sinne vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen erforderlich.⁶² Auch wenn der Wortlaut von Art. 49a KG nicht ausdrücklich

projektbezogenen Absprachen und das verbindende Element der E7-Treffen hinaus, ist in casu wahrscheinlich, dass eine Rotationsabrede, eine die einzelnen Absprachen gleichsam umfassende Rahmenvereinbarung, vorgelegen hat und der Markt unter den E7 aufgeteilt wurde».

⁴⁷ RPW 2009/3, S. 205, Ziff. 56.

⁴⁸ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 205, Ziff. 61 f.

⁴⁹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 206 ff., Ziff. 63 ff.

⁵⁰ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 206, Ziff. 63 ff.; vgl. zur Marktabgrenzung für das Rotationskartell / vgl. RPW 2009/3, S. 204 ff., Ziff. 55 ff.

⁵¹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 206, Ziff. 66.

⁵² Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 206, Ziff. 70.

⁵³ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 198, Ziff. 10 (Beschrieb der Kalkulationshilfen) und S. 207, Rz. 74 (zur Angleichung der Offertenpreisen mittels Kalkulationsprogrammen).

⁵⁴ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 207 ff., Ziff. 74 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 207, Ziff. 77.

⁵⁶ RPW 2009/3, S. 207, Ziff. 77.

⁵⁷ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 208, Ziff. 78 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 208, Ziff. 79.

⁵⁹ RPW 2009/3, S. 208, Ziff. 79.

⁶⁰ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 209, Ziff. 87.

⁶¹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 211, Ziff. 98.

⁶² Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 211, Ziff. 105.

Vorwerfbarkeit verlangt, prüft die Weko dennoch in vielen Fällen⁶³ das Erfordernis der Vorwerfbarkeit. In casu lagen offensichtlich objektive (jahrelange Preis- und Submissionsabsprachen) und subjektive Vorwerfbarkeit (den Parteien direkt zurechenbares Organisationsverschulden)⁶⁴ vor.⁶⁵

[Rz 24] Die konkrete Sanktionsbemessung nach SVKG⁶⁶ erfolgt in drei Schritten:⁶⁷

- Zunächst ist im ersten Schritt der *Basisbetrag* zu berechnen,
- dieser ist in einem zweiten Schritt an die *Dauer* des Verstosses anzupassen,
- bevor in einem dritten Schritt *erschwerenden und mildernden Umständen* Rechnung getragen werden kann.

[Rz 25] Nach Art. 3 SVKG beträgt der Basisbetrag je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.⁶⁸

[Rz 26] Kein Gehör fand die Weko (zutreffend) für das von den Parteien wiederholt vorgebrachte Argument, es hätten aus den abgesprochenen Projekten kaum Gewinne resultiert.⁶⁹ Dies spiele für die umsatzbasierte Berechnung der Sanktion keine Rolle. Insbesondere könne daraus nicht auf *per se* geringe volkswirtschaftliche Schädlichkeit geschlossen werden. «Eine solche Wertung widerspräche nicht nur der Auffassung des Gesetzgebers, sondern würde auch auf eine Abwägung mit der Frage, inwieweit die Ineffizienzen wohl gerade auf die Wettbewerbsverstösse zurückzuführen sind, hinauslaufen»⁷⁰ Der höchste Basisbetrag wurde für Scherler mit 609'988 Franken festgesetzt.⁷¹

[Rz 27] Bezüglich der Dauer des Verstosses⁷² erfolgt nach

Art. 4 SVKG eine Erhöhung des Basisbetrags um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen ein und fünf Jahren gedauert hat. Aufgrund der Bereitschaft einer einvernehmlichen Regelung⁷³ wurde der Zeitraum von Januar 2006 bis zur Untersuchungseröffnung im Januar 2008 und damit auf zwei Jahre festgelegt. Die Weko hielt jedoch trotz der Zwei-Jahres-Begrenzung einen Zuschlag in der Höhe von 20% des jeweiligen Basisbetrages für gerechtfertigt. Erhöhungsgründe waren u.a. die hohe Absprachedichte und die Institutionalisierung des Abspracheverhalten.⁷⁴

[Rz 28] In einem letzten Schritt wurden nach Art. 5 und Art. 6 SVKG schliesslich die erschwerenden und mildernden Umstände geprüft.⁷⁵ Ein erschwerender Umstand bildete u.a. die Behinderung der Ermittlung.⁷⁶ Mildernd wiegte u.a. der Wille und die Bereitschaft der Beteiligten, eine einvernehmliche Regelung abzuschliessen.⁷⁷ Die höchste Busse wurde für Scherler mit 395'272 Franken, die tiefste für Atel mit 271'648 Franken festgesetzt.⁷⁸ Die Weko erachtete diese Bussenhöhen als verhältnismässig.⁷⁹ Die Sanktionsbeträge entsprächen der Leistungsfähigkeit der sanktionierten Unternehmen, dennoch schmerzten die Bussgelder genug, um der Präventivwirkung Rechnung zu tragen.⁸⁰

[Rz 29] Zu prüfen blieb, ob eine Sanktionsreduktion⁸¹ für die betroffenen Unternehmen in Frage kam. Eine Reduktion der Sanktion setzt nach Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. Gfeller meldete als erstes Unternehmen seine Kooperationsbereitschaft

⁶³ Vgl. RPW 2006/4, S. 660 f. (Unique); RPW 2007/2, S. 232 f. (Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern/«Publigroupe»).

⁶⁴ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 212, Ziff. 108: «Der ein Organisationsverschulden begründende Organisationsmangel ist darin zu sehen, dass offensichtlich geeignete Massnahmen, derartige Kartellrechtsverstösse zu verhindern, nicht getroffen wurden. Leitende Angestellte/Organe waren über Jahre in die Vorkommnisse involviert».

⁶⁵ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 212, Ziff. 107 f.

⁶⁶ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG), vom 12. März 2004, SR 251.5.

⁶⁷ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 212 ff., Ziff. 110 ff.

⁶⁸ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 213, Ziff. 115 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 215, Ziff. 124.

⁷⁰ RPW 2009/3, S. 215, Ziff. 124; «Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips wurde diesem Aspekt jedoch dennoch bei der Schwere Beachtung geschenkt» (RPW 2009/3, S. 215, Ziff. 124).

⁷¹ Vgl. RPW 2009/3, S. 215, Ziff. 126 mit übersichtlicher Tabelle der Basisbeträge für die Parteien (Übersicht 7: Basisbeträge für die Parteien).

⁷² Vgl. RPW 2009/3, S. 215 f., Ziff. 127 ff.

⁷³ Vgl. RPW 2009/3, S. 196, Rz. 2 und S. 215, Ziff. 128.

⁷⁴ Vgl. RPW 2009/3, S. 215 f., Ziff. 128 ff.

⁷⁵ Vgl. RPW 2009/3, S. 216 ff., Ziff. 132 ff.

⁷⁶ Vgl. RPW 2009/3, S. 216, Ziff. 137.: «[Z] wurde zu Beginn der Hausdurchsuchungen über deren Charakter als Amtshandlung und das damit einhergehende Verbot der Vornahme von die Ermittlungen erschwerenden Handlungen explizit hingewiesen. Dennoch war während der Hausdurchsuchung bei [Z] ein relevanter Aktenordner «vorübergehend verschwunden». Dieser konnte dem verantwortlichen Mitarbeiter – einem Mitglied der Geschäftsleitung, dessen Büro durchsucht wurde – wieder abgenommen werden. Die Wettbewerbsbehörden sehen darin einen Versuch, Akten verschwinden zu lassen, und tragen diesem als erschwerendem Umstand bei der Sanktionsbemessung Rechnung. Der an die Dauer angepasste Basisbetrag wird für [Z] somit um 10% erhöht».

⁷⁷ Vgl. RPW 2009/3, S. 217, Ziff. 144.

⁷⁸ Vgl. RPW 2009/3, S. 218, Ziff. 149 (Übersicht 8: Ordentliche Höhe der Sanktion je Partei).

⁷⁹ Vgl. RPW 2009/3, S. 218, Ziff. 150: «Vorliegend haben die Parteien über Jahre Absprachen getroffen. Setzt man die berechneten Bussen in Relation zu den von den Parteien in den vergangenen Jahren erwirtschafteten Unternehmensumsätzen, so müssen die Sanktionen – auch vor dem von den Parteien geltend gemachten Hintergrund einer momentan abflauenden Konjunktur – als eindeutig tragbar beziehungsweise zumutbar bezeichnet werden».

⁸⁰ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 218, Ziff. 150 f.

⁸¹ Vgl. dazu RPW 2009/3, S. 219, Ziff. 155 ff.

und konnte somit vom vollständigen Bussenerlass profitieren.⁸² Die Weko stufte zudem die Kooperation der übrigen Parteien als so wertvoll ein, dass die Sanktion um 40% verringert wurde.⁸³

III. Würdigung

1. Vom Glasperlenspiel zu direkten Sanktionen

[Rz 30] Die direkte Sanktionsmöglichkeit hat (erst) die KG-Revision im Jahre 2003 geschaffen.⁸⁴ Vor der Revision musste die Weko mittels einer Verfügung eine Gesetzeswidrigkeit feststellen; erst wenn gegen diese Verfügung verstossen wurde, konnte eine Sanktionierung erfolgen – ähnlich einem «Glasperlenspiel».^{85, 86} Der direkten Sanktion nach Art. 49a KG sind die sog. harten Kartelle (d.h. Abreden, welche Preis-, Mengen-, oder Gebietsabsprachen zum Gegenstand haben, sowie der Missbrauch von Marktmacht unterworfen.⁸⁷ Im Bereich dieser besonders schädlichen Wettbewerbsbeschränkungen wurde damit die Präventivwirkung des Kartellgesetzes erhöht.⁸⁸

[Rz 31] Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10% des gesamten vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz⁸⁹ erzielten Umsatzes (Art. 49a KG i.V.m. Art. 7 SVKG).⁹⁰ Nach der Botschaft⁹¹ ist diese neue und einfachere Berechnung der Sanktionshöhe notwendig, damit die Sanktion eine abschreckende Wirkung entfaltet. «Unternehmen sollen die Sanktion nicht aus der Portokasse bezah-

len können».⁹² Eine Direktsanktion kann nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁹³

[Rz 32] In casu bildete, im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung, der Betrag von 395'272 Franken (Scherler) die höchste Sanktion und der Betrag von 271'648 Franken (Atel) die niedrigste Sanktion.⁹⁴ Wenn nun aber nachgewiesenermassen Submissionsabsprachen im grossen Stil erfolgten, erscheint es zumindest als fraglich, ob in wirtschaftlichen Kreisen die Höchstbusse von unter 400'000 Franken abschreckend wirkt. Frühere Verfahren haben durchaus Indizien ergeben, dass – wenn nun über die Kantonsgrenze Bern hinausgeschaut würde – auch in anderen Regionen Submissionsabsprachen getroffen werden. Immerhin muss die Weko die Sanktionsbemessung von den konkreten Konzernumsätzen abhängig gemacht haben,⁹⁵ die aufgrund des zu wahren Geschäftsgeheimnisses im Entscheid nicht aufgeführt sind. Dennoch ist bei der Verhältnismässigkeitsprüfung die Präventivwirkung der Sanktionen zu berücksichtigen.⁹⁶ In der Tat erscheint die ausgesprochene Höchstbusse von unter 400'000 Franken auf den ersten Blick nicht abschreckend; eine genauere Analyse macht aber ersichtlich, dass die Sanktionen auf den (nicht bekannten) Konzernumsätzen fussen und dass Milderungs- wie auch die Verschärfungsgründe präzise geprüft wurden. Aus diesen Gründen lässt sich dem vorliegenden Fall eine Abschreckungswirkung nicht grundsätzlich absprechen.

2. Kartellgesetz de lege ferenda

[Rz 33] Vermehrt diskutiert⁹⁷ wird neuerdings auch für die Schweiz eine Abschwächung der Sanktionen zu Lasten von Unternehmen und die Sanktionierung von Einzelpersonen.⁹⁸ Bereits am 20. Dezember 2007 reichte Rolf Schweizer (Ständerat) dem Bundesrat die folgende Motion ein⁹⁹:

«Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem

⁸² Vgl. RPW 2009/3, S. 219, Ziff. 157.

⁸³ Vgl. RPW 2009/3, S. 220, Ziff. 169 und S. 221, Rz. 171 (tabellarische Sanktionsberechnung).

⁸⁴ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBl 2002, S. 2023 ff.

⁸⁵ Der Ausdruck «Glasperlenspiel» stammt aus dem gleichnamigen Roman von Hesse Hermann, Suhrkamp Verlag 2001 (Erstausgabe Zürich 1943) und soll im hier verstandenen Sinn den uneffektiveren Sanktionsmechanismus vor der KG Revision im Jahre 2003 verdeutlichen.

⁸⁶ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBl 2002, S. 2024, siehe auch Zäch (Fn. 1), S. 531 Rz. 1112.

⁸⁷ Vgl. dazu statt vieler Zäch (Fn. 1), S. 530 ff. Rz. 1111 ff.

⁸⁸ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBl 2002, S. 2024 ff. und insbesondere S. 2033 zur Präventivwirkung im KG; siehe ferner Zäch (Fn. 1), S. 530 ff., Rz. 1111 ff.

⁸⁹ Das schweizerische Recht geht weniger weit als das Recht der EU, welches auf einen weltweiten Umsatz abstellt, vgl. dazu Reinert Peter, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2007, Art. 49a N. 8–9.

⁹⁰ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBl 2002, S. 2037; siehe auch Zäch (Fn. 1), S. 538 f. Rz. 1128.

⁹¹ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBl 2002, S. 2037.

⁹² Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2001), BBl 2002, S. 2037

⁹³ Vgl. RPW 2009/3, S. 211, Ziff. 99.

⁹⁴ Vgl. RPW 2009/3, S. 218, Ziff. 149 (Übersicht 8: Ordentliche Höhe der Sanktion je Partei).

⁹⁵ Vgl. RPW 2009/3, S. 213, Ziff. 112 f.

⁹⁶ Vgl. RPW 2009/3, S. 218, Ziff. 150 f.

⁹⁷ Vgl. dazu statt vieler Heinemann Andreas, Kriminalrechtliche Individualsanktionen im Kartellrecht, in: Kunz Peter V./Herren Dorothea/Cottier Thomas/Matteotti René (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Zürich 2009, S. 485 ff.; Hofstetter Karl/Ludescher Melanie, Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht, daselbst, S. 485 ff.; Raass Adrian, «Direkte» Sanktionen im Kartellgesetz: über Kosten und Nutzen, sic! 2009, S. 475 ff.

⁹⁸ Vgl. Baudenbacher Carl, Institutionelles Setting, Vertikale Abreden, Sanktionierung von Einzelpersonen, Zivilrechtliche Verfahren, Strukturbericht-erstattung Nr. 44/3, Evaluation Kartellgesetz, SECO, Bern 2009, S. 116 ff.

⁹⁹ AmtlBull SR, 07.3856 – Motion, abrufbar: <http://www.parlament.ch>.

für das Schweizer Kartellrecht: Der Bundesrat wird beauftragt, im Kartellgesetz durch eine ausdrückliche Regelung sicherzustellen, dass Unternehmen, welche ein hohen Anforderungen genügendes Programm zur Beachtung der kartellgesetzlichen Regelungen betreiben, mit einer reduzierten beziehungsweise beim Vorliegen von (im Gesetz hierfür vorzusehenden) Voraussetzungen mit keiner Verwaltungssanktion belegt werden können. Zur Stärkung der Compliance-Anstrengungen der Unternehmen sollen im Kartellgesetz gleichzeitig Strafsanktionen für natürliche Personen im Fall ihrer aktiven Beteiligung an Kartellabsprachen mit Wettbewerbern verankert werden».

[Rz 34] Der Bundesrat beantragte die Ablehnung der Motion Schweizer. In seiner Antwort vom 20. Februar 2008 verdeutlichte der Bundesrat, dass nach der geltenden gesetzlichen Regelung Compliance-Programme (und ein damit einhergehendes geringeres Verschulden) im Rahmen der Artikel 3 und 6 der KG-Sanktionsverordnung als sanktionsmildernd, nicht aber als sanktionsausschliessend berücksichtigt werden können.¹⁰⁰ Verdeutlichend führte der Bundesrat weiter aus, dass die Berücksichtigung von Compliance-Programmen als sanktionsausschliessendes Element zur Aushebung der erst am 1. April 2004 eingeführten direkten Sanktionierbarkeit von Unternehmen (Art. 49a Abs. 1 KG) führen könnte, indem der Anreiz des Unternehmens bzw. des Verwaltungsrates untergraben würde, das KG zu befolgen. Ein Compliance-Programm sollte die Sanktionierbarkeit nicht ausschliessen, wenn erwiesen ist, dass es nicht wirksam war und ein Unternehmen trotz Compliance-Programm gegen das KG verstossen hat.¹⁰¹

[Rz 35] Gemäss der Evaluationsgruppe Kartellgesetz¹⁰² ist für die Einführung von Verwaltungssanktionen gegen natürliche Personen ein Vorschlag auszuarbeiten.¹⁰³ Anhand des Falls der Submissionskartelle lässt sich die Frage stellen, ob solche individuellen Sanktionen sinnvoll sind.

[Rz 36] Im vorliegenden Entscheid haben die Parteien bewusst über Jahre hinweg regelmässig Preisabsprachen getroffen. Ein wirksames Abwehrsystem (Compliance-Programm)¹⁰⁴ war für die Elektroinstallationsbetriebe Bern gar nicht gewollt, denn ihre Unternehmenskultur war nicht vom Wettbewerbsgedanken geprägt. Müssten Individuen persönlich neben den Unternehmen für Kartellrechtsver-

stösse eintreten, würde die Präventivwirkung des KG wohl verschärft.

3. Einvernehmliche Lösungen

[Rz 37] Gemäss Art. 29 Abs. 1 KG schlägt das Sekretariat der Weko den beteiligten Parteien eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung vor.¹⁰⁵ Hintergrund bildet u.a. die Überlegung, dass es komplizierte Märkte gibt,¹⁰⁶ bei welchen der Aufwand einer seriösen Abklärung die Ressourcen einer Untersuchungsbehörde sprengt. Die EU-Kommission hat in diesem Zusammenhang am 24. November 2009 in Brüssel mitgeteilt, dass sie die Untersuchungen gegen den US-Chiphersteller Qualcomm eingestellt habe. Ein EU-Sprecher sagte, dass man immer noch über die Höhe der Lizenzgebühren besorgt sei, aber nicht mehr über die notwendige Zeit und andere Ressourcen verfüge, um die *komplexen Analysen* zur Lösung des Falls durchzuführen.¹⁰⁷

[Rz 38] Den einvernehmlichen Regelungen, welche dem prozessrechtlichen Vergleich ähnlich sind, haftet oft ein negativer Beigeschmack an. Es wird ihnen nachgesagt, dass sie das öffentliche Interesse am wirksamen Wettbewerb nicht wirklich durchsetzen¹⁰⁸ und dass diese einvernehmlichen Regelungen wenig transparent seien.¹⁰⁹ Dagegen kann eingewendet werden, dass die Sanktionshöhe nicht verhandelt werden kann.¹¹⁰ Hinzu kommt, dass eine allfällige Nichteinhaltung der einvernehmlichen Regelung nach Art. 54 KG sanktionierbar bleibt.¹¹¹

¹⁰⁰ AmtlBull SR, 07.3856 – Motion, abrufbar: <http://www.parlament.ch>.

¹⁰¹ AmtlBull SR, 07.3856 – Motion, abrufbar: <http://www.parlament.ch>.

¹⁰² Vgl. dazu vorne I.

¹⁰³ Vgl. Synthesebericht (Fn.8), S. 115.

¹⁰⁴ Vgl. dazu Borer Jürg, Kartellrechts-Compliance im Unternehmen und Kartellrechtsverfahren, in: Weber Rolf H./Heinemann Andreas/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, S. 120 ff.

¹⁰⁵ Vgl. dazu Carcagni Romina, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Kartellgesetz, Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2007, Art. 29 N. 1-2.

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch Ruffner Markus, Wettbewerb und Wettbewerbsrecht in der Schweiz – quo vadis, in: Ehrenzeller Bernhard/Waldburger Robert (Hrsg.), Wettbewerb und Staatsverantwortung, Zürich 2009 S. 111 ff. und die anschließende Diskussion, S. 123 ff.

¹⁰⁷ Vgl. MEMO/09/516 vom 24.11.2009, Antitrust: Commission closes formal proceedings against Qualcomm, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/searchAction.do>.

¹⁰⁸ Vgl. dazu Hettich Peter in: Wettbewerb und Wettbewerbsrecht in der Schweiz – quo vadis, in: Ehrenzeller Bernhard/Waldburger Robert (Hrsg.), Wettbewerb und Staatsverantwortung, Zürich 2009 S. 124: «Wir sehen ja, dass bei der Fusionskontrolle Unternehmen gerne zu Zugeständnissen bereit sind, um eine Fusion genehmigt zu bekommen»; vgl. auch IP/09/1941 vom 16.12.2009, Kartellrecht: Kommission akzeptiert Verpflichtungszusagen von Microsoft, Nutzern bei Webbrowsern Wahlfreiheit zu geben, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/searchAction.do>.

¹⁰⁹ Vgl. dazu Hettich Peter in: Wettbewerb und Wettbewerbsrecht in der Schweiz – quo vadis, in: Ehrenzeller Bernhard/Waldburger Robert (Hrsg.), Wettbewerb und Staatsverantwortung, Zürich 2009 S. 124.

¹¹⁰ Vgl. RPW 2009/3, S. 217, Ziff. 144 (einvernehmliche Regelung): «Die Sanktionshöhe kann nicht verhandelt werden».

¹¹¹ Art. 54 KG: Wer vorsätzlich einer einvernehmlichen Regelung, einer rechtskräftigen Verfügung der Wettbewerbsbehörden oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen zuwiderhandelt, wird mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft.

4. Submissionskartell im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit

[Rz 39] Mit einem Submissionskartell hatte sich auch das Bundesgericht in BGE 132 III 389¹¹² im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit auseinander zu setzen.

[Rz 40] Zwei eigenständige italienische Gesellschaften X und Z, welche zwei Hauptakteure auf dem Weltmarkt für Abspannseile und Vorspannkabel waren, verpflichteten sich mit Vertrag, datiert vom 26. Mai 1998, ihre Offerten für Brückenarbeiten gemeinsam auszuarbeiten.¹¹³ «Ihre Zusammenarbeit hatte insofern einen exklusiven Charakter, als dass sich beide gegenseitig untersagten, sowohl separate Absprachen mit anderen Unternehmungen zu treffen, als auch bei der Ausschreibung individuelle Offerten einzureichen.»¹¹⁴ Der Vertrag enthielt eine Schiedsklausel, welche Lausanne zum Sitz des Schiedsgerichts sowie die Schiedsregeln der Internationalen Handelskammer Paris (ICC) für anwendbar erklärte. In Erfüllung des vorgenannten Vertrages reichten die Parteien gemeinsame Offerten für die Verwirklichung der ausgeschriebenen Arbeiten ein.

[Rz 41] Die Bauarbeiten wurden an X vergeben, weshalb sich Z geschädigt fühlte und im September 2002 die Schiedsklage einreichte. Z machte Schadensersatzansprüche im Betrage von 4'250'000 Euro geltend. X beantragte die Abweisung der Klage, weil der strittige Vertrag in Bezug auf das europäische und italienische Wettbewerbsrecht nichtig sei. Das Schiedsgericht verurteilte die X, den Betrag von 488'258 Euro an Z zu bezahlen. Das Schiedsgericht erwog, dass der von X und Z geschlossene Vertrag in Bezug auf das italienische und europäische Wettbewerbsrecht gültig sei, so dass X die vertraglichen Pflichten verletzt habe und schadenersatzpflichtig werde. Gegen diesen Entscheid erhob X Beschwerde beim Bundesgericht¹¹⁵ und beantragte die Aufhebung des Entscheides des Schiedsgerichts wegen Verletzung von Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG. X rügte, der Entscheid des Schiedsgerichts sei mit dem Ordre public nicht vereinbar, weil das Schiedsgericht die grundlegenden Bestimmungen des europäischen und italienischen Wettbewerbsrechts verkannt habe.¹¹⁶

[Rz 42] Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit der Begründung ab, das (europäische oder italienische) Wettbewerbsrecht sei nicht Bestandteil des Ordre public i.S.v. Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG.¹¹⁷ Zwar deckt der Bundesgerichtsentscheid auf, dass Submissionskartelle die staatlichen wie auch die privaten Gerichte beschäftigt, doch erscheint als er-

staunlich, dass ein *Submissionskartell* ohne weitere kritische Hinterfragung geschützt worden ist.

Prof. Dr. Rolf H. Weber, ordentlicher Professor für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Rechtsanwalt bei Bratschi Wiederkehr & Buob, Zürich.

lic. iur. Salim Rizvi, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand bei Prof. Dr. Rolf H. Weber und Teilnehmer am LL.M.-Lehrgang «Internationales Wirtschaftsrecht» an der Universität Zürich.

* * *

¹¹² Originaltext französisch, deutsche Fassung abgedruckt in Praxis 2/2007 (Nr. 20), S. 109-118.

¹¹³ Vgl. dazu BGE (Fn. 112), S. 109.

¹¹⁴ BGE (Fn. 112), S. 109.

¹¹⁵ Vgl. dazu BGE (Fn. 112), S. 109.

¹¹⁶ Vgl. dazu BGE (Fn. 112), S. 109.

¹¹⁷ Vgl. dazu BGE (Fn. 112), S. 110.